

嘉庫 嘉悦大学学術リポジトリ Kaetsu

## University Academic Repository

Die Ausführung und der Vorsatz: aufgrund des Vergessenheitsfalles

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-04-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 樋笠, 堯士 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://kaetsu.repo.nii.ac.jp/records/926">https://kaetsu.repo.nii.ac.jp/records/926</a>

# 研究論文

## 実行行為と故意

### ～ 忘却事例をてがかりに ～

#### Die Ausführung und der Vorsatz aufgrund des Vergessenheitsfalles

樋 笠 堯 士\*

Takashi HIKASA

#### <要約>

狩猟等で鉄砲に実包を装てんする行為は適法であるが、そののち装てんの事実を忘却した場合には、不法装てん罪は成立するか（事例①「実包装てん事例」）、また、規制薬物等の所持罪において、適法時に所持を開始し、そののち、所持の対象物が違法になった場合、違法になった瞬間に行為者に故意が認められるのか（事例②「危険ドラッグ事例」）、といった2つの事例は、実行行為時に犯罪事実の認識が行為者に存しないという点で共通している。さらに、忘却といっても、行為者が違法な行為の認識を有した後に忘却する場合（「違法のち忘却ケース」）と、行為者が適法行為をした後に忘却し、忘却中に行為が違法となる場合（「適法のち忘却ケース」）の2つの形態が存する。

本稿は、事例①と事例②を中心に、関連裁判例を考察しつつ、上述のケース分類を踏まえて、実行行為と故意との対応関係を検討する。当初に犯罪事実の認識が認められれば、その認識を忘却しても、当初の時点で既に規範を乗り越えている以上、法的に故意を認めることができると思われる。したがって、忘却という事実があったとしても、その事実自体は故意の有無を決するものではなく、行為者が規範を乗り越えたか否かにより故意が認定されるべきである。適法のち忘却ケースについては、とりわけ危険ドラッグ事例において、将来直面する「違法な薬物の所持をしてはならない」という規範を、適法行為時に乗り越えていると解し、これを（客観面が伴わないという意味で）不能的故意と評し、不能的故意を有して適法行為をなした者が、忘却により違法事実の認識を欠いていたとしても、当初に不能的故意が認められ、すなわち、規範を乗り越えている以上は、忘却後も故意が認められるとの結論を導く。

---

\* 嘉悦大学ビジネス創造学部非常勤講師・中央大学日本比較法研究所嘱託研究員

## <キーワード>

刑法、故意、所持罪、実行行為、忘却

### 1 はじめに

一度、行為者に故意が認められる状況があったのち、行為者がそのことを失念して行為に及んだ場合に故意が認められるか。このような理論的問題について、近年、東京高判平成27年8月12日は「不法装てん罪においては、法定の除外事由がないのに実包が装てんされている状態が開始した時点で、猟銃等の所持者がそのことを認識していれば、その状態が維持されている限り、その後同人がそのことを失念、忘却しても、故意が失われるものではない。」と判示した。ここには、狩猟等で鉄砲に実包を装てんする行為は適法であるが、そののち装てんの事実を忘却した場合には、不法装てん罪は成立するかという問題を見いだせる（事例①「実包装てん事例」）。これに加えて、規制薬物等の所持罪において、適法時に所持を開始し、そののち、所持の対象物が違法になった場合、違法になった瞬間に行為者に故意が認められるのかという問題もある（事例②「危険ドラッグ事例」）。これらは、故意犯（38条1項本文）であるから、少なくとも構成要件該当事実の認識が要求される<sup>1)</sup>。かかる認識が実行行為時に行為者に存しないという点で、事例①と事例②は共通する。

この点、裁判実務では、所持罪については、訴因に掲げられた犯罪日時の際に所持等の事実を忘却していたとしても犯罪が成立するとされてきたが、犯罪成立の理由等、議論は十分になされていなかったように思われる<sup>2)</sup>。また、忘却といっても、行為者が違法な行為の認識を有した後に忘却する場合（以下、「違法のち忘却ケース」という。）と、行為者が適法行為をした後に忘却し、忘却中に行為が違法となる場合（以下、「適法のち忘却ケース」という。）の2つが存すると思われる。違法のち忘却ケースと、適法のち忘却ケースの、両ケースに対して同一の判断枠組みを用いて故意を認定してよいのかなど、従来論じられてこなかった問題があると考えられる。

したがって、本稿は、事例①と事例②を中心に、関連裁判例を考察しつつ、上述のケース分類を踏まえて、実行行為と故意との対応関係を検討する。

### 2 裁判例

以下、忘却に関する裁判例を概観する。

【判例①】最大判昭和24年5月18日（刑集3巻6号796頁）

「物の所持とは、人が物を保管する実力支配関係を内容とする行為である。人が物を保管する意思を以てその物に対し実力支配関係を實現する行為をすれば、それによって物の所持は開始される、そして一旦所持が開始されれば爾後所持が存続するためには、その所持人が常にその物を所持しているということを意識している必要はないのであって苟くもその人とその物との間にこれを保管する実力支配関係が持続されていることを客観的に表明するに足る

その人の容態さえあれば所持はなお存続するのである。だから所持は人が物を保管するためその物に対して実力支配関係を開始する行為と、その実力関係の持続を客観的に表明する容態とから成り立っているというべきである。」

【判例②】名古屋高裁金沢支部判昭和25年9月22日（判特13号117頁）

「(弁護人の控訴趣意) これら証拠によつて見ると、被告人及びその妻ヤイは、本件麻薬を所持していることを全く忘却していたもので、(中略) たとえ支配を初めた当初に支配する意思があつたにしても、本件においては、それは麻薬取締規則の公布された以前のことであるから、当初から違法に所持する意思はなかつたわけである。その後数年間所持していることを忘却していたのであるから、支配を持続する意思もなかつたのである。」との弁護人の控訴趣意に対して「所論のように、被告人が居宅内に判示注射液の存在することを忘却していたとしても、麻薬取締法第三條に所謂所持とは、一定の人が一定の物を事実上支配する立場にある場合を総称し、しかも所持関係の継続には支配意思の継続を必要としないから、所論のような事実が存在したところで、原審の事実認定を左右するに足りない。」

【判例③】最判昭和25年10月26日（刑集4巻10号2194頁）

「物の所持とは人がその実力支配下に物を保管する行為をいうのであるから、人が物を保管する意思をもってこれに適応する実力支配関係を多少の時間継続して実現する行為をすれば、それによって物の所持は成立するのである。そして一旦成立した所持が爾後存続するためには、その所持人が常にその物を所持することを意識している必要はないのであって、苟くもその人とその物との間にこれを保管する実力支配関係が持続されていることを客観的に示めすに足るその人の容態されれば、所持はなお存続するものといわなければならない。蓋しもし所持継続のために所持意識の存続が必要であるとすれば、人がその財産を自宅に蔵置している場合においても、その人がその蔵置の事実を失念したというだけのことでその人はその財物の所持を喪失するという、到底是認することのできない結論に到達するからである(なお、昭和二二年(れ)第九五六号同二四年五月一八日大法廷判決参照)。「仮りにその間被告人において既にミルクが消費されたものと信じていたものとしても、この一事により一旦成立した不法所持罪の存続を否定し得るものではない。果して然りとすれば所論の証拠申請は犯罪の成否そのものには何等の関係もない単なる犯情に関してなされたものに過ぎないといひ得るのである。」

【判例④】東京高判昭和28年2月17日（判特38号38頁）

「麻薬取締法第三条第五十七条第一項の麻薬所持罪の成立には、客観的な事実支配の状態と右事実の認識を必要とすることは所論のとおりであり、(中略) 右事実関係によれば、被告人は右麻薬を薬局の常備用として所持して疎開の際荷造して送り、更に疎開先から他の荷物と共に現住所に送り、その間右麻薬につき被告人に事実支配のあつたことはいうまでもなく、右事実支配の認識にも欠くところがなかつたものと認められるのである。即ち、右麻薬を入手し所持するに至つた当初において、右事実支配の認識がある限りは、一時麻薬の

存在を忘却したとしても、なお社会通念上右麻薬所持の認識あるものと解すべきであるからである。」

【判例⑤】大阪高判昭和44年12月22日（判タ247号319頁、判時586号105頁）

「当該自動車を道路上に駐車させるにあたり、その駐車状態が夜間継続して八時間に達しない間に、自己又は他人において右自動車を使用又は移動させる等その駐車状態を解消することの予測をもつことなく、これを道路上に駐車させるか又は当該自動車を最終的に駐車させた者が、これを駐車させた時点においては右のような予測をもつていたが、その後翌日日出時までの間にその予測が消失したにもかかわらず、当初の駐車状態を解消させることなくこれを放置したことにより、当該自動車が夜間継続して八時間以上道路上の同一場所に駐車する結果を生じた場合に、その原因となつた右のような駐車させる行為又は駐車状態を放置する行為を禁止しているものと解するのが相当とおもわれる。したがって、これに違反した場合に成立すべき犯罪の犯意としては、当該自動車を最終的に駐車させた者において、これを駐車させた当時前記のような予測の立たないままこれを駐車させることの認識があるか又はこれを駐車させたのち、前記のような予測が消失したにもかかわらず、当初の駐車状態を放置することの認識があれば足りるのであつて、かようにして駐車させ又は駐車状態を放置したのちの時間の推移や、その駐車状態の継続についてまで認識していることは、同法八条二項二号の処罰規定の要求するところではないと解されるわけである。」

【判例⑥】東京高判昭和50年9月23日（高検速報2130号、刑月7巻9・10号842頁）

「所論は、原判示第八の一および三の各事実につき、被告人としては、これらの物が余りにも微量のため、ゴミとして将来他のゴミとともに焼き捨てるつもりで物置に放置したもので、本件覚せい剤粉末、塩酸モルヒネを所持する認識がなく、従つて、「所持」の構成要件を欠くので、所持罪は成立しないというのである。しかし、「所持」とは、人が物を保管するという実力支配行為をいうのであつて、一旦物を保管する意思でその物に対する実力支配関係が実現する行為をすれば、右関係が維持されているかぎり、所持人が右所持を忘却しても「所持」にあたりと解するのが相当であるところ、原判決が右各事実について挙示する関係証拠によれば、原判決が「争点についての判断等」の一において説示しているとおおり、右覚せい剤粉末等は、被告人が将来これらが容易に入手できなくなった場合のことを考え捨てないで保存しておいた物であることを認めることができるのであるから、被告人がその後において本件各物件の所持を忘れていたとしても、所持罪の成立が妨げられるいわれはない。」

【判例⑦】東京高判平成2年11月15日（判時1380号139頁）

火薬類取締法違反につき、「そこで、本件に即して同法二一条と二二条の関係についてみると、同法二二条は、火薬類の譲受けの許可を受けて適法に火薬類を所持していた者が、その火薬類を消費し、もしくは消費することを要しなくなった場合において、なお火薬類の残量があるときは、遅滞なくその火薬類を譲り渡し、又は廃棄しなければならないとして、残火薬類の処分についての措置義務を課し、その義務に違反した者に対しては同法六〇条一号によつ

て罰則を定める一方、右の遅滞なく残火薬類を譲渡又は廃棄しなければならない場合に、その措置をするまでの間の暫定的な所持は、同法二一条八号により、所持禁止の除外事由に当たり、違法性を有しないものと定めている。この立法趣旨は、火薬類の譲受けの許可を受けて適法に火薬類を所持している者が、その譲受けの目的を果たしてなお残火薬類を所持する場合、譲受けの目的（厳密には譲受けの目的となる消費目的）を達した後において、その者に残火薬類の所持を許す理由はなく、保安上もすみやかにこれを譲渡又は廃棄させるのが相当であるため、その所持者に対し、遅滞なくその残火薬類を処分することの措置を義務づける（二二条）とともに、他方、右の措置をするまでの間に限り、その者の所持が引き続き適法であることを明らかにするため、この間の所持を、所持禁止の除外事由の一つ（二一条八号）と定めたものと解される。したがって、火薬類の譲受けの許可を受けた者が、その火薬類を消費し、もしくは消費することを要しなくなった場合において、残火薬類を遅滞なく譲り渡し、又は廃棄しないときは同法二二条違反の罪が成立するが、この場合において、遅滞なく譲渡又は廃棄をするための合理的な期間を経過してなお残火薬類を所持するときは、たとえ、いずれ譲渡又は廃棄をする意思が存するときであっても、もはや同法二一条八号所定の除外事由には該当せずに、同法二二条違反の罪とは別個に二一条違反の罪が成立」する。

【判例⑧】最判平成15年11月21日（刑集57巻10号1043頁）

「原判決は、被告人が、平成14年5月23日午後7時過ぎころ、外出先から妻と本件自動車で帰宅した際、妻から、近くに買物に行きたいのもう一度車を運転してほしいと頼まれたため、本件自動車を車庫に入れず、自宅前の道路上に駐車したままにしたこと、同日午後8時ころ、妻に買物に行く旨声をかけたところ、妻から今日はやめると言われたのに、本件自動車を車庫に入れず、そのまま翌朝まで道路上に放置してしまったことを認定した。そして、原判決は、この事実を前提として、被告人は、本件自動車を自宅前の道路上に駐車させた当初、駐車状態がほどなく解消されることを予測していたものの、妻から買物はやめたと言われた時点で、その日はもはや本件自動車を使用する予定がなくなったのに本件自動車を道路上に駐車させたままにしておくことの認識があったというべきである旨を判示して、本罪の故意を認めたものである。そこで検討するに、自動車の保管場所の確保等に関する法律11条2項2号、17条2項2号は、専ら故意犯を処罰する趣旨であると解すべきである。そして、本罪の故意が成立するためには、行為者が、駐車開始時又はその後において、法定の制限時間を超えて駐車状態を続けることを、少なくとも未必的に認識することが必要であるというべきである。記録によれば、被告人は、妻から買物に行くのをやめたと言われた時点においては、本件自動車を道路上に駐車させたままであることを失念していた旨を一貫して供述しているところ、本件自動車が駐車されていた場所は自宅車庫前の路上であり、車庫のシャッターは開けられたままであったこと、被告人は日ごろは毎晩本件自動車を車庫に格納していたものと認められること等の本件における諸事情にかんがみれば、被告人の上記弁解を排斥して被告人に本罪の故意があったと認定するには、合理的な疑いがあるというべきである。」

【判例⑨】東京高判平成27年8月12日(判時2317号136頁、高刑速平成27年144頁)

「ところで、不法装てん罪は、銃砲の暴発、誤発射等の事故を未然に防止するために、猟銃等所持の許可を受けた者に対し、法定の除外事由がある場合を除き、実包等が装てんされていない状態に置くことを要求し、これに違反した行為を処罰するものである。このような不法装てん罪の趣旨、そして、法10条5項の『装てんしておいてはならない』との規定ぶりからして、法定の除外事由がないのに実包が装てんされている状態が開始された時点で、猟銃等の所持者がそのことを認識していれば、その状態が維持されている限り、その後同人がそのことを失念、忘却しても、故意が失われるものではないと解される。結局、本件において被告人に不法装てん罪の故意が認められるか否かは、被告人が狩猟を終えた時点で、本件ライフル銃に実包が装てんされたままになっていることを認識していたかどうかにかかるところ、(中略)被告人は、狩猟を終えた時点で、本件ライフル銃に実包が装てんされたままになっていることを認識していたと推認することができる。(中略)そして、被告人が本件ライフル銃の引き金を引いたのが意図的なものであったとしても、それはその時点で被告人が本件ライフル銃に実包が装てんされていることを失念していたことを意味しているに過ぎないと認められる。そうすると、被告人が引き金を引いた時点において、被告人に不法装てん罪の故意があったものと認められ、原判決は結論において正当として是認することができる。」

### 3 裁判例の分析

【判例①】の「所持人が常にその物を所持しているということを意識している必要はない」との説示により、所持罪においては、(いったん所持が開始されれば)所持の事実の認識が存しない場合にも同罪が成立すると解される。加えて、【判例②】では、数年前に渡した麻薬について忘却していても、「所持関係の継続には支配意思の継続を必要としない」との判示により、故意が認められている。もっとも、弁護人趣意書のいうように、麻薬取締法施行以前の適法な麻薬の所持が問題となるならば、本事案は、適法のち忘却ケースであることになる。もっとも、事実認定次第であることには留意する必要がある。

そして、【判例③】では、「所持意識の存続が必要であるとすれば、人がその財産を自宅に蔵置している場合においても、その人がその蔵置の事実を失念したというだけのことでその人はその財物の所持を喪失するという、到底是認することのできない結論に到達する」との根拠を挙げ、【判例①】を引用している。さらに、【判例③】の「既に消費されたものと信じていたとしても」との判示から、いったん違法である所持が開始されれば、(行為者の過失であれ)対象物がなくなると行為者が思っていたとしても、故意は阻却されないことが明らかとなる。このことは、たとえば、行為者が自身に関する捜査情報を得て、慌てて家中の覚せい剤を処分したものの、1個処分忘れの覚せい剤が捜査により発見された場合に不可罰とならないことと同様、妥当な帰結であるといえる<sup>3)</sup>。

認識が要求される時点について、【判例④】では、「即ち、右麻薬を入手し所持するに至つた当初において、右事実支配の認識がある限りは、一時麻薬の存在を忘却したとしても、なお社会通念上右麻薬所持の認識あるものと解すべき」と判示されており、所持の「当初」に事実支配の認識さえあれば、忘却したとしても故意が認められるとしている。行為者に支配の事実の認識が要求されるのはいつの時点であるか、という問題につき、本判決の「当初」との文言から、裁判所は実行行為の開始時を基点とすることが読み取れる。

これに関連して、【判例⑤】は、「当該自動車を最終的に駐車させた者において、これを駐車させた当時前記のような予測の立たないままこれを駐車させることの認識があるか又はこれを駐車させたのち、前記のような予測が消失したにもかかわらず、当初の駐車状態を放置することの認識があれば足りるのであつて、かようにして駐車させ又は駐車状態を放置したのちの時間の推移や、その駐車状態の継続についてまで認識していることは、同法八条二項二号の処罰規定の要求するところではないと解されるわけである。」と判示し、駐車行為時の認識と、当初の駐車状態を放置する際の認識を並べている。実行行為が「駐車」であるか「その放置」であるかという点も問題となるが、【判例④】のような「当初」の認識をそれぞれ要求している点は、以前の裁判例と整合的であるように思われる。

同様に、【判例⑥】では、「一旦物を保管する意思でその物に対する実力支配関係が実現する行為をすれば、右関係が維持されているかぎり、所持人が右所持を忘却しても『所持』にあたと解するのが相当である」とされ、「一旦」、実力支配関係が実現する行為をすれば、故意が認められるとしている。実行行為の開始時点の認識を問うという点において、【判例⑥】の「一旦」との文言は、【判例④】の「当初」との文言と同義であると思われ、判例実務では、実行行為の開始時点における犯罪事実の認識を用いて故意を認定していると考えられる<sup>4)</sup>。

ところで、【判例⑦】では、(除外事由に当たる)適法な所持が、合理的な期間を経て、違法な所持と判断されている。本事案は、適法のち忘却ケースであるとも考えられ得るが、適法である暫定措置としての所持は、遅滞なく譲渡や処分を行うことを前提としている。譲渡や処分の措置を行わなかった行為者を罰するという目的に照らせば、もともと違法であるが、除外事由として一旦許されている所持であったと考えられる。したがって、適法のち忘却ケースであるとはいえない。

駐車事案に関するリーディングケースである【判例⑧】は、その最高裁判所判例解説において、「本罪の故意の成否は、上記のような主観的状态の評価に係るわけであるが、本件のように8時間以上の駐車状態が続く間に被告人の認識が異なってきたような場合には、そのような事情が故意にどのように関係するのか、具体的には、駐車開始時には故意が認められないとしても、その後の時点で故意の成立を認める余地がないか、逆に、いったんは故意を満たす主観的状态になったとしても、犯罪が既遂に達するまでにそれが失われて既遂犯の成立に至らないということにならないか等が、本罪に特有の問題」である<sup>5)</sup>、と示されている。そして、「本罪の故意が成立するためには、行為者が、駐車開始時又はその後において、



法定の制限時間を超えて駐車状態を続けることを、少なくとも未必的に認識することが必要であるというべきである。」(傍点筆者)という判示部分から、「駐車開始時」または「その後」において故意が要求されていることが看取される。ここにいう「駐車開始時」は、駐車行為という作為の実行行為、「その後」は、駐車をしたままにする不作為の実行行為を意味すると思われる<sup>6)</sup>。したがって、本罪の実行行為は作為・不作為を含むものといえる<sup>7)</sup>。故意に必要な認識について、駐車的事案である【判例⑤】と同様の判断をしたものと考えられる<sup>8)</sup>。

駐車事案とは異なり、実包装てん事例である【判例⑨】では、10条5項の「装てんしておいてはならない」との規定は、「してはならない」とは異なる意味を有すると思われる。「おいて」の意味については、作為だけでなく、猟銃に実包を装てんしたまま持ち帰る事案のような不作為をも含むとされている<sup>9)</sup>。そして、「被告人は、狩猟を終えた時点で、本件ライフル銃に実包が装てんされたままになっていることを認識していたと推認することができる。」との判示から、本判決においては、法定の除外事由が消失した時点(=狩猟を終えた時点)において、行為者に実包が装てんされている状態の認識を認めたものと考えられる<sup>10)</sup>。作為と不作為のいずれかの行為時に犯罪事実の認識を要求する点で、【判例⑧】と【判例⑨】は同様の判断枠組みであるといえる。

以上、判例および裁判例を検討してきたが、上述の分析の通り、各裁判例の判断枠組みはおおむね同一である。簡潔に言えば、犯罪事実の認識を有した行為者が、その行為を開始した以上、その後に忘却したとしても故意は阻却されないとの理解である。そして、各裁判例に共通するのは、「当初」の犯罪事実の認識、あるいは、不作為の場合には「その後」の犯罪事実の認識が故意に要求されていることである。たしかに、所持罪等の(行為態様の)特殊性は、行為者に常に所持の認識が要求されないことの一因となっていると考えられる。しかし、継続犯である所持罪等の行為態様の特殊性は、「当初」の認識があればなぜ故意が充足されるのかという問題の回答になっているとはいえないように思われる<sup>11)</sup>。

そこで、以下では、違法のち忘却ケースと、適法のち忘却ケースに分けて各裁判例の帰結の解明を試みる。

#### 4 検討(違法のち忘却ケース)

違法のち忘却ケースについては、継続犯という犯罪形態の特殊性を理由に故意を認めるとの理解もある<sup>12)</sup>。継続犯について、当初いったん犯罪事実を表象して行為を始めた以上、途中において一時それについての表象を欠如することがあっても、犯罪の継続性に影響しないとされている<sup>13)</sup>。たしかに、監禁罪の故意をもって、監禁行為をした行為者が、監禁中に居眠りをしたとしても、監禁行為を始めた際に故意が認められる以上、行為者に監禁罪が成立するのは当然のことと考えられる。また、離隔犯においても、行為者がある者に毒酒を発送し、そのことを失念して平和に暮らしていた場合に、離隔犯における実行行為が発送行為であるならば<sup>14)</sup>、その時点で行為者に殺人の故意が認められる以上、最終的に毒酒を飲んでその者

が死亡すれば、行為者には殺人罪が成立する。このように、いったん故意が認められた以上、その後の忘却（ないし意識喪失）は故意を阻却するものではない。

そもそも故意犯において行為者は、客体を認識し、客体を当該犯罪の実行行為の対象として具体化する際に、当該犯罪の規範に直面している。その上で行為者は、反対動機の形成が可能であったのにもかかわらず、あえて規範を乗り越え、実行行為に出るのである。裁判例においても、「そもそも故意責任を追及するには、法益侵害の可能性があることを認識していただだけでは不十分であり、少なくとも反対動機を作出することのできる基礎となるべき事実の認識、すなわち、法益侵害の発生する蓋然性があることを基礎づける具体的な事実の認識が必要である」とされ<sup>15)</sup>、故意責任は反対動機を作出せずに行為に出たことであることが看取される。このように考えれば、行為者が規範を乗り越えて故意責任が問われる時期というのは、その犯罪を行うために行為者が客体などの具体化をなした時である<sup>16)</sup>。

それゆえ、監禁行為や毒酒発送行為の時点において、行為者は反対動機の形成が可能であったのにもかかわらず<sup>17)</sup>、あえて規範を乗り越え、実行行為に出ているのであるから、故意責任を問いうる状態に至ったと評価できるのである。その後、犯罪事実の認識を忘却しても、既に規範を乗り越えている以上、法的に故意を認めることができる。忘却しても、規範を乗り越えた故意責任は減少しないからである。たとえ、その瞬間に故意たる心理実態が存しないとしても、故意とは、行為者の持つ意識というよりも、行為者の一定の行為に対して外から与えられる意味であるから、法的評価として「故意」を認めることが可能である<sup>18)</sup>。

したがって、忘却という事実があったとしても、その事実自体は故意の有無を決するものではなく、行為者が規範を乗り越えたか否かにより故意が認定されるべきである<sup>19)</sup>。

これに対して、原因において自由な行為の理論を援用することにより、違法のち忘却ケースに故意を認める見解もある<sup>20)</sup>。「所持を開始した後これを放棄するなどの行為に出なかった以上、所持を継続する意思があったとみられるのであるから、以後その点に顧慮しなかった結果、所持していることを忘却したとしても、原因において自由な行為について故意が認められるのと同様、所持の故意があると解してもよいのではあるまいか」との主張である<sup>21)</sup>。また、当初の実行行為と忘却時の結果行為が主観面および客観面において一体とみえる場合には実行行為開始時の故意が継続的に結果行為に実現されているとする見解もある<sup>22)</sup>。もっとも、これらの見解によっても、最初に故意行為がない適法のち忘却ケースを根拠づけることはできないと思われる。これに関して更なる検討を加えるため、次章では、適法のち忘却ケースについて考察する。

## 5 検討（適法のち忘却ケース）

### 5.1 事例①「実包装てん事例」

【判例⑨】のように、狩猟を終えた時点で実包装てんの認識が行為者に認められた場合には、その時点において、行為者は規範を乗り越えていることから、その後も故意が認められる。

では、たとえば、狩猟中、すなわち、実装てんの認識をもって法定の除外事由が存する最中に、家族が急病との緊急の連絡を受け、猟銃を持ったまま病院に急行し、病院内で警察官に不法装てん罪で検挙された場合はどうか。この場合、適法行為の認識の後に、病院に向かうことで直ちに装てん的事实を忘却していることから、行為者は不法装てん罪の違法の基礎となる事実を認識しておらず、同罪の規範に直面しているとはいえない。したがって、同罪の故意は認められないことになる。このような事案は、最初に故意行為がない適法のち忘却ケースであり、原因において自由な行為の理論や所持罪の特殊性を用いて解決し得ないものであると思われる。

## 5.2 事例②「危険ドラッグ事例」

上述の通り、行為者が規範を乗り越えたか否かにより故意が認定されるべきである。したがって、所持が客観的に違法になった以降に、行為者が規範に直面してこれを乗り越えたか否かが検討されることになる。そうすると、そもそも所持自体を忘却している行為者には、反対動機を形成する契機となる事実の認識（＝所持が違法となった事の認識）が認められない以上、行為者は規範に直面したといえず、故意は認められないはずである。

たとえば、行為者が危険ドラッグの適法性について適切な方法で<sup>23)</sup>、当該ドラッグが適法かどうかの確認作業を行ったところ、翌日にそのドラッグが麻薬として規制され、行為者はそれを知らずに購入し検挙されたという事案が適法のち忘却ケースである。

このような事案について、大阪高判平成27年7月30日（LEX/DB 25541084）は、「次々に現れる新種の脱法ドラッグに対して後追いで法規制がなされるというのであれば、たとえある薬物が、従前は法による規制の対象となっていなかったとしても、購入時、あるいはその後の所持の時点では規制薬物に指定されている可能性があることにほかならないのであるから、買い手が前記のような期待をして脱法ドラッグを購入しているとしても、そのことと、ひょっとしたら当該薬物が購入時、あるいは購入後に所持を継続する中で規制薬物となっているかも知れないという不安、すなわち当該薬物が規制薬物であることの未必的認識とは矛盾するものでなく、むしろ程度の差こそあれ、上記の期待と不安は併存するのが通常であると認められる。」と判示する。ただし、かかる判示内容の規範が適法のち忘却ケースにそのまま妥当するかは疑問である<sup>24)</sup>。それこそ程度の差ではあるが、購入当時の行為者には「このドラッグが違法かもしれない」という不安はなく、適法であるという期待（ないしは安心）のみが存する場合があるはずだからである。

また、購入時に当該ドラッグが完全に適法であった場合、上記判決の説示内容により、「期待と不安は併存」しつつも、行為者の行為は適法であることになるが、この後、当該ドラッグが規制され違法になった場合、適法であった購入の時点と所持が違法となった時点の行為者の認識はほぼ同一で有り得る。この場合、未必的認識（故意）と行為の関係が問題となろう。しかしながら、行為者において、使用ではなく、単なる所持を目的として当該ドラッグ

を所持していた場合には、購入時に適法であって、故意が認められない以上、実行行為を所持が違法となった時点以降に見いだす等の行為論の議論にもなろうとも思われる<sup>25)</sup>。使用目的ならば、常に法規制の不安が頭をよぎり、犯罪事実の認識が認められ得るが、所持目的ならば、とりわけ、所持していることを失念した場合には、まさに適法のち忘却ケースといえる。

さらに、たとえば、ドラッグの粉末を鑑賞するという所持目的で、行為者が規制の有無について確認先・確認方法の適切性を充足するような行為により適法性を確認し、当該薬物を購入・所持し、その翌日に当該ドラッグが指定薬物となり規制されたものの、行為者は当該ドラッグをどこかに置きっ放しにし、所持していることを完全に失念していたとする。この場合に行為者が摘発されたならば、故意は認められるだろうか<sup>26)</sup>。

行為者は所持罪で起訴されるが、行為者の認識としては、①薬理作用の認識は充足されるものの、②そのような薬理作用があるために当該薬物が指定薬物として指定されている薬物と同様に規制され得る同種の物であることの認識、は充足されないのではないかとの問題が生じる。しかし、期待と不安の併存でも規制薬物の未必的認識が充たされる以上（上記大阪高判）、適法の確信があっても、危険ドラッグである以上、潜在的にいつか規制されるかもしれないという不安を購入の時点で行為者が有していることになり、故意に必要な認識は充足されるように思われる。

この点では、行為者において、購入時（適法）と規制時（違法）は同一の心理状態であるとしても、外部的・客観的な規制の存在を根拠に、かかる心理状態が所持の故意として把握され、処罰されることになる<sup>27)</sup>。現状、指定薬物を追加する厚生労働省令の改正においては、公布から施行までに十日間の準備期間が用意されている<sup>28)</sup>。

したがって、販売者や使用者は、規制の動向を注視しつつ、自らが取り扱う危険ドラッグが指定薬物に指定された場合には、直ちにこれを廃棄することになる。規制の動向に意識を払わずに所持を続けたことは、「所持が違法になるかもしれない」という認識から「所持が違法となっても構わない」という認識・認容に変化したとも評価され得る<sup>29)</sup>。

それゆえ、違法となった時点における行為者の心理状態をどのように解しても、実務的には、故意は認められることになるだろう。ただし、「規制の動向に意識を払わない」ことを故意における「認容」と評価できるとしても、そもそも所持自体を忘却している場合には、その時点における認識がない以上、「当初」の時点に目を向けなければならないはずである。したがって、やはり問題とされるべきは、適法購入時の認識である。適法購入時には、行為者には「違法な薬物である」との認識はなく、「規制薬物ではない薬物である」との認識が存する。この「規制薬物ではない薬物である」との認識が、「規制薬物ではないが、今後指定薬物として違法となる可能性がある薬物である」という認識であると（法的に）評価されるのであれば、適法購入時に行為者には違法の犯罪事実の認識が認められ、主観面の充足があり、実際には適法行為であるから、客観面が充足されないことになる。そして、そののち、規制がなされて、客観面が違法になった際に、主観面・客観面の両者が充足され、故意が認

められることになると考えられる。この適法購入時の行為者の主観面は、客観的には「存在していない規範を乗り越えた」ことについての道義的非難であることになる。将来直面する「違法な薬物の所持をしてはならない」という規範を、適法行為時に乗り越えているのである。したがって、このような場合の行為者の主観面を、本稿では、(客観面が伴わないという意味で) 不能的故意と評する。

よって、不能的故意を有して適法行為をなした者が、忘却により違法事実の認識を欠いていたとしても、当初に不能的故意が認められ、すなわち、規範を乗り越えている以上は、忘却後も故意が認められることになろうと思われる。

## 6 おわりに

狩猟等で鉄砲に実包を装てんする行為は適法であるが、そののち装てんの事実を忘却した場合には、不法装てん罪は成立するか(事例①「実包装てん事例」)、また、規制薬物等の所持罪において、適法時に所持を開始し、そののち、所持の対象物が違法になった場合、違法になった瞬間に行為者に故意が認められるのか(事例②「危険ドラッグ事例」)、といった2つの事例は、実行行為時に犯罪事実の認識が行為者に存しないという点で共通している。さらに、両事例は、行為者が違法な行為の認識を有した後に忘却する場合(「違法のち忘却ケース」と、行為者が適法行為をした後に忘却し、忘却中に行為が違法となる場合(「適法のち忘却ケース」)の2つのケースに分類される。

本稿は、事例①と事例②を中心に、関連裁判例を考察しつつ、上述のケース分類を踏まえて、実行行為と故意との対応関係を検討した。そして、各裁判例から、「当初」の犯罪事実の認識、あるいは、不作為の場合には「その後」の犯罪事実の認識が故意に要求されていることが看取された。これについて、そもそも故意責任は、反対動機の形成が可能であったのにもかかわらず、あえて規範を乗り越え、実行行為に出た点に存するのであるから、当初に犯罪事実の認識が認められれば、その認識を忘却しても、当初の時点で既に規範を乗り越えている以上、法的に故意を認めることができると思われる。したがって、忘却という事実があったとしても、その事実自体は故意の有無を決するものではなく、行為者が規範を乗り越えたか否かにより故意が認定されるべきである。適法のち忘却ケースについては、とりわけ危険ドラッグ事例において、将来直面する「違法な薬物の所持をしてはならない」という規範を、適法行為時に乗り越えていると解し、これを(客観面が伴わないという意味で) 不能的故意と評した。よって、不能的故意を有して適法行為をなした者が、忘却により違法事実の認識を欠いていたとしても、当初に不能的故意が認められ、すなわち、規範を乗り越えている以上は、忘却後も故意が認められるとの結論を導いた。

なお、本稿で扱った問題は違法性の意識可能性とも関係し得るが、これについては今後の課題として別稿に譲るものとする。

## 注

- 1) もっとも、故意に認容も必要とする立場も存するが、同立場も「認識」を故意の要件とすることには異論はない。認識と認容の関係については、拙稿「故意の推認対象と未必の故意の要素—「特段の事情」を素材に—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇第47号(2018年)57頁以下。
- 2) 内藤惣一郎「判批」研修第828号(2017年)19頁。
- 3) 内藤・前掲注2)30頁。
- 4) 南由介「判批」刑事法ジャーナル54号(2017年)175頁も、「判例理論は、失念の時点以前における、構成要件に該当する事実の認識の有無で、故意を判断している」という。
- 5) 上田哲『最高裁判所判例解説 刑事篇(平成15年度)』514頁。
- 6) 古川伸彦「判批」ジュリスト1311号(2006年)205頁。
- 7) 作為犯の規定に不作為犯をも読み込むことについて、「本罪の成立範囲を広げる」ものであるとする見解もある。本田稔「継続犯としての夜間路上継続駐車罪の実行行為と故意の内容」法学セミナー596号(2004年)113頁。
- 8) 古川・前掲注6)206頁。
- 9) 伊藤栄樹＝小野慶二＝庄子邦雄編『注釈特別刑法第7巻公害法・危険物法編』(立花書房、1987年)[阿部純二＝北野通世]575頁。
- 10) 松原久利「判批」ジュリスト臨時増刊1518号(平成29年重要判例解説)(2017年)172頁。
- 11) 小池直希「判批」法律時報90巻2号(2018年)135頁は、「継続犯の性質から失念・忘却時の故意を認める手法に対しては、理論上の根拠を欠くのではないかという疑義もあろう。」とされる。
- 12) 山口厚『刑法総論(第三版)』(有斐閣、2016年)49頁。
- 13) 大塚仁『注解刑法』(青林書院、1977年)235頁。
- 14) 離隔犯における実行行為は発送行為であり、未遂の成立は到着時と考えられ得る。離隔犯については、拙稿「離隔犯における客体の錯誤と方法の錯誤の区別—最後に特定された客体との齟齬—」比較法雑誌50巻1号(2016年)229頁以下。
- 15) 千葉地判平成17年7月19日(判タ1206号280頁)。
- 16) かかる時期は、行為者の有する行為計画によって判断されるべきと思われる。規範と客体の特定に関しては、拙稿「領得の対象に関する錯誤—客体の具体化の程度—」嘉悦大学研究論集59巻2号(2017年)39頁以下。
- 17) 故意を「反対動機となりうるほどの結果発生蓋然性の認識」と解すべきとするものとして、浅田和茂『刑法総論[補正版]』(成文堂、2007年)308頁。
- 18) 小倉正三「暴行・傷害の有無(2)—故意の有無」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選・上(第二版)』(立花書房、2013年)405頁。
- 19) 南・前掲注4)176頁は「違法な事実の認識下において失念していることから、通常は、その後の結果は、違法な事実を行った際の故意に取り込まれている」とし、失念してもその物が占有下にあり続けるという結果は、当初の所持の故意に取り込まれているので、所持罪の成立を認める。本稿は、当初の故意に結果が取り込まれているか否かという観点ではなく、故意責任の根拠から故意を検討する視座に立っているが、たしかに、一旦規範を乗り越えた以上、後の結果を当初の故意に取り込まれていると評価することも可能だと思われる。
- 20) 山口・前掲注12)260頁。
- 21) 平野龍一＝佐々木史朗＝藤永幸治編『注釈特別刑法第5巻Ⅱ(2)[第二版]』(青林書院、1992年)159頁[香城敏磨]以下。
- 22) 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)336頁。これに対して、継続する法益侵害をも構成要件の結果と解する結果継続説を主張するものとして、松原芳博『刑法総論[第二版]』(日本評論社、2017年)57頁。
- 23) 確認する先である相手方が専門的知識と公的な資格・権限を有する者である必要があり、また、確認の方法も、具体的な薬物名等を挙げて指定薬物であるか否かを個別に照会するなど、専門的知識のない者にも可能で、かつ、高度に信頼できる結果を得ることのできる方法である必要がある。よって、確認先の適切性に加え、確認方法の適切性も必須となる。詳しくは、拙稿「判批」124巻5・6号(2017年)305頁以下。
- 24) 加藤経将「判批」警察学論集69巻5号(2016年)163頁も、「確認等をした時点と公訴事実の内容となる所持・施用等の時点との時間的隔たりがほとんどないような場合には、かかる経験則をそのまま適用することが妥当ではないこともあろう。」ことを指摘する。
- 25) ただし、薬物事犯において大抵の場合は、所持に伴って薬物の使用もなされることから、実務上、

当該行為者は所持罪ではなく、使用罪で起訴されると考えられるから、かかる議論が有益か否かは疑問が残るであろう。

- 26) 類似事例として、加藤・前掲注 24) 163 頁。
- 27) これに関して、拙稿「判批」法学新報 123 巻 8 号 (2017 年) 415 頁以下。
- 28) 「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律第二条第十五項に規定する指定薬物及び同法第七十六条の四に規定する医療等の用途を定める省令」の附則参照。
- 29) 鎌田隆志「危険ドラッグ事犯における故意に関する捜査とその立証」警察学論集 68 巻 3 号 (2015 年) 51 頁以下および脚注 23)。

(平成 30 年 10 月 8 日受付、平成 30 年 12 月 3 日再受付)